

# Universalidad y sistemas normativos

María Cristina Redondo\*

## Resumen

El presente trabajo discute un conjunto de ideas planteadas por Jorge Rodríguez en su libro *Teoría analítica del derecho* al analizar las normas jurídicas como razones para la acción. En primer lugar, presenta una crítica a las tesis sostenidas por Rodríguez respecto de aquello que significa asumir una concepción universalista de las razones que un sistema jurídico ofrece. En concreto, se critica la idea de que un sistema de normas universales ha de ser necesariamente consistente y establecer en cada caso un balance perfecto que determine qué se debe hacer considerando todos los factores relevantes. En segundo lugar, el trabajo presenta una crítica a la distinción que el autor propone entre problemas de derrotabilidad vinculados con la identificación y con la aplicación de las normas jurídicas en la medida en que ella no es coherente con la posición universalista que supuestamente él asume. Por último, se ofrecen algunos ejemplos que intentan mostrar en qué modo una concepción universalista de los sistemas jurídicos puede dar cuenta de la existencia de conflictos entre sus normas sin que ello signifique aceptar que ellas son derrotables sobre la base de consideraciones extrasistemáticas al momento de su aplicación, i.e. sin renunciar a su tesis de que las normas jurídicas ofrecen razones uniforme e invariablemente relevantes.

**Palabras claves:** Normas jurídicas universales. Razones para la acción. Derrotabilidad. Conflictos normativos.

---

\* Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova - Conicet, criredon@hotmail.com.

### *Abstract*

This paper discusses a number of ideas put forward by Jorge Rodríguez in his book *Teoría analítica del derecho* in analyzing legal norms as reasons for action. First, I present a critique of Rodríguez's theses about what it means to adopt a universalist conception of the reasons that a legal system offers. In particular, I criticize the notion that a system of universal norms should necessarily be consistent and determine in each case a perfect balance between its norms that allows one to establish what should be done everything considered. Second, I criticize the distinction the author proposes between defeasability problems related to the identification and application of legal norms as inconsistent with the universalist position he purports to advocate. Finally, some examples are given that attempt to show how a universalist conception of legal systems can explain the existence of conflicts between their universal norms without accepting that they are defeasible on the basis of extra-systematic considerations at the time of their application, that is, without abandoning the thesis that universal norms provide uniformly and invariably relevant reasons.

**Keywords:** Universal legal norms. Reasons for action. Defeasibility. Normative conflicts.

El libro *Teoría analítica del derecho* de Jorge Rodríguez tiene múltiples virtudes. Me complace destacar especialmente una, que salta a la vista en modo claro en cada uno de los temas que trata. El libro presenta en manera didáctica y accesible temas de alta complejidad, sin perder sofisticación en el análisis y, más aún, siendo capaz de plantear nuevos problemas y realizar contribuciones teóricas importantes. En otras palabras, es un libro de alto interés tanto para un estudiante que se inicia en el estudio de la filosofía del derecho como para un investigador ya formado en este ámbito. Ordena con gran elegancia casi todos los temas clásicos de la disciplina y contiene aportes muy finos que revelan la excepcional capacidad analítica de su autor. En suma, un texto en el cual hay mucho para aprender y que defiende con solidez múltiples tesis que invitan al debate.

Mi comentario se referirá fundamentalmente a algunas de las ideas planteadas en los capítulos IV y VII de *Teoría analítica del derecho* sobre las normas entendidas como razones para la acción. En especial, mis consideraciones toman como punto de partida la concepción universalista que Rodríguez sostiene explícitamente al respecto<sup>1</sup>. En primer lugar, me detendré en lo que creo es el problema que da

---

<sup>1</sup> Rodríguez 2021: 691-692.

lugar a las dificultades que señalo: las tesis que Rodríguez atribuye a una posición universalista y, consecuentemente, la caracterización que ofrece de esta posición. En segundo lugar, me referiré a la distinción que el autor propone entre «derrotabilidad en la identificación» y «derrotabilidad en la aplicación». En tercer lugar, proyectaré las consideraciones propuestas a la resolución de conflictos entre principios constitucionales. Concretamente, me concentraré en el modo en que Rodríguez caracteriza la ponderación. Los argumentos críticos que presento, en general, se basan en el hecho de que Rodríguez, si bien asume abiertamente una concepción universalista de las normas jurídicas y de las razones justificativas que ellas ofrecen, al aceptar la posibilidad de derrotabilidad en la aplicación y admitir que las normas jurídicas son excepcionales sobre la base de consideraciones extrasistemáticas, hace concesiones “realistas” que están en tensión con las que un universalista puede, y debe, sostener.

Las observaciones que expongo presuponen varias ideas que no se pondrán en discusión ya que Rodríguez las acepta y pueden considerarse pacíficas en este contexto. Me refiero, en primer lugar, a la idea de que, si bien las normas jurídicas pueden representarse en modos diversos según sean los objetivos que se persigan, a los fines de mostrar que ellas expresan razones que permiten justificar conclusiones acerca de aquello que se debe o está permitido hacer, es adecuado atribuirles una estructura condicional que conecta un conjunto de propiedades con determinadas consecuencias deónticas. En segundo lugar, a la tesis de que las normas jurídicas y las razones que ellas confieren han de ser caracterizadas tal como una posición universalista las entiende. Esta caracterización, según acepta Rodríguez, supone al menos dos compromisos. Las razones son consideraciones cuya relevancia es uniforme e invariable<sup>2</sup>. A su vez, las normas que expresan este tipo de razones (uniforme e invariablemente relevantes) son formuladas mediante condicionales universales<sup>3</sup>. En tal sentido, se representan mediante el “recurso técnico” de un condicional inderrotable. Este tipo de condicional admite el refuerzo del antecedente (que por ello expresa una condición suficiente) y la aplicación del *Modus Ponens*, razón por la cual a partir de ellas es posible obtener consecuencias deónticas. En contraste, a las normas expresadas mediante condicionales derrotables no son aplicables ni el refuerzo del condicional ni el *Modus Ponens* de manera irrestricta<sup>4</sup>. Ellas toleran la introducción en su antecedente de nuevas condiciones de aplicación no determinables *ex ante*. Es decir, excepciones cuya relevancia emerge del caso individual respecto del cual se evalúa si la norma es aplicable o no. En tal sentido, en la medida en que las normas se expresen a través de condicionales derrotables su relevancia práctica podría ser excluida mediante una especificación determinable en el momento mismo en el que se decide qué es lo que está justificado hacer. En otras palabras, un condicional derrotable no permite expresar

---

<sup>2</sup> Rodríguez 2021: esp. 692-693.

<sup>3</sup> Rodríguez 2021: 689-690.

<sup>4</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 741 (nota 209).

adecuadamente normas tal como un universalista las concibe. No es apto para representar normas que ofrecen razones uniforme e invariablemente relevantes.

Ahora bien, como se verá, estas ideas son las mismas que Rodríguez abandona al momento de explicar las situaciones de conflicto. Puesto que, en su opinión, estas situaciones exigen necesariamente abandonar un modelo universalista. Al respecto, intentaré mostrar que una concepción universalista de las normas/razones jurídicas, efectivamente, se compromete con la idea de que ellas se expresan mediante condicionales inderrotables. Sin embargo, puede dar cuenta de la existencia de conflictos entre normas universales en los que la decisión no se toma necesariamente con la discrecionalidad fuerte que sugiere el escéptico, o sobre la base de propiedades no determinables *ex ante*, como sugiere el particularista. En suma, las situaciones de conflicto pueden ser resueltas en modo coherente con una concepción universalista de las normas que conforman un sistema jurídico.

### 1. ¿Con qué nos comprometemos cuando configuramos el derecho como un sistema de normas universales?

Rodríguez sostiene correctamente que, conforme a la tesis del universalismo, las razones que las normas ofrecen tienen relevancia uniforme e invariable. Ahora bien, esto supone que un sistema de normas/razones universales tiene que poder identificarse en modo completo antes del momento en el que se toma una decisión. Es decir, tiene que contar con criterios que, al momento de decidir, permitan distinguir aquello que es ya relevante conforme al sistema de aquello que no lo es. Siendo así, las propiedades relevantes conforme a las normas de un sistema jurídico (i.e. en el lenguaje de Rodríguez, las propiedades descriptivamente relevantes) están *delimitadas* por tales criterios. Un sistema de normas universales es un sistema con límites. Si no se satisface esta exigencia, es decir, si el sistema jurídico es abierto y al momento de justificar decisiones admite la incorporación de propiedades que pueden desplazar a aquellas que el sistema incluye como relevantes, no es posible sostener que las razones que ofrece sean uniforme e invariablemente relevantes<sup>5</sup>.

Asimismo, Rodríguez correctamente advierte que la uniformidad e invariabilidad de la relevancia de una razón no implican la insuperabilidad de la misma. Este es un punto crucial y significa que el peso o relevancia práctica (uniforme e invari-

---

<sup>5</sup> Esto significa que el sistema cuenta con una tesis de relevancia; lo cual no implica que cuente con lo que se ha denominado una “tesis de relevancia última”. La noción de tesis de relevancia última expresa una idea absurda que el universalismo no tiene por qué asumir. Con respecto a la idea de tesis de relevancia, véase Alchourrón y Bulygin 1971:103-105. Con respecto a la idea de tesis de relevancia última Cfr. Celano 2002: 236. También Redondo 2005: 152-156.

able) de una propiedad puede ser menor al peso o relevancia práctica (invariable y uniforme) de otra propiedad. Motivo por el cual, en caso de conflicto, lo que una razón exige podría ser superado por lo que exige otra razón, sin que la primera vea alterada, y menos aún eliminada, su relevancia (uniforme e invariable). Esto implica, por una parte, que la noción de razón universal, o universalmente relevante, no tiene que equipararse con la noción de razón concluyente. Una razón universal no es tal porque determina el veredicto, una vez considerados todos los factores relevantes. Que una razón sea universal no significa que ella “vence” en un balance concreto entre distintas razones aplicables. Del mismo modo, la noción de razón universal tampoco tiene que equipararse con la de razón con peso absoluto o insuperable. Una razón universal no es tal porque sea invencible o porque necesariamente siempre prevalezca sobre otras razones en caso de conflicto. La idea de universalidad de la relevancia no dice nada acerca cuál sea la específica fuerza de una razón.

En síntesis, conforme al universalismo, si la presencia (o ausencia) de una propiedad P es una razón a favor (o en contra) de  $\emptyset$  entonces, en cualquier circunstancia, la presencia (o ausencia) de P tendrá el *mismo valor* a favor (o en contra) de  $\emptyset$ . Esto equivale a decir que ella ha de configurarse como una norma universal. A su vez, si un sistema jurídico se concibe como un conjunto de normas/razones universales, ellas han de ser expresadas mediante condicionales inderrotables. Estos condicionales ciertamente admiten excepciones, pero *solo* sobre la base de un conjunto de propiedades delimitables *ex ante*.

Rodríguez, en principio, caracteriza adecuadamente a las razones y a las normas conforme a una posición universalista. Sin embargo, afirma también que una concepción universalista de la justificación de decisiones «obliga a asumir la posibilidad de una reconstrucción completa y *consistente* de los contenidos regulados por las normas generales»<sup>6</sup>. En tal sentido, según Rodríguez, el desafío que debe enfrentar el universalista es cómo puede ser posible «elaborar una reconstrucción completa de todas las normas y de todos los criterios para resolver posibles conflictos entre ellas»<sup>7</sup>. Respecto de este tema, una primera pregunta que se podría formular a Rodríguez es por qué una posición universalista estaría constreñida a sostener que todo sistema de normas universales es, por esta misma razón, consistente o, en modo necesario, carente de conflictos, i.e. debe ofrecer criterios que los resuelvan.

Si entendemos que el universalismo se compromete con estas tesis, ciertamente, emergen consecuencias inaceptables. En primer lugar, y tal como señala Rodríguez, esta posición se enfrenta a una objeción insuperable. Concretamente, se enfrenta a «la imposibilidad de ofrecer una reconstrucción de todas las propiedades generales normativamente relevantes que *permita efectuar frente a cada caso un balance perfecto* entre todas las normas concebibles para *determinar qué se debe hacer considerando*

<sup>6</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 691. El cursivo es añadido.

<sup>7</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 690.

*todos los factores relevantes*»<sup>8</sup>.

En segundo lugar, pareciera que tenemos que aceptar un (a mi juicio falso) dilema: o bien el sistema ofrece «una reconstrucción completa y consistente de los contenidos regulados por las normas generales, reconstrucción que parece inalcanzable; o bien solo es posible la ponderación en los casos individuales, abierta siempre a la acusación de arbitrariedad o, al menos, de imposibilidad de control racional»<sup>9</sup>.

Estas dificultades llevan a Rodríguez a la conclusión de que el modelo universalista de justificación de las decisiones normativas no es del todo adecuado, justamente, porque no logra ofrecer «un balance perfecto» que determine lo que se debe hacer en cada caso, todo considerado. Consecuentemente, según Rodríguez: «La justificación práctica debe interpretarse como un proceso dinámico, siempre perfeccionable y *abierto a la reconsideración de las razones en juego*»<sup>10</sup>.

Esta última conclusión, si bien no es muy clara, aparece como una renuncia explícita a una concepción universalista de las razones y del modo de justificar las decisiones jurídicas. El universalismo no admite que la justificación esté *abierto a la reconsideración de las razones en juego*.

En mi opinión, en primer lugar, el universalismo no tiene por qué responder a la objeción mencionada por Rodríguez. Comprometerse con una visión universalista de las normas jurídicas no es comprometerse con la idea de que ellas determinan un veredicto, i.e. aquello que se debe hacer en cada caso concreto, *todo considerado*. Las normas resuelven casos genéricos. El veredicto final o aquello que concluyentemente se debe hacer en cada caso individual, si concurren diversas normas aplicables, dependerá de un balance, el cual, en una visión universalista, ha de resolverse: (i) sin incorporar propiedades no previstas como relevantes en el sistema, (ii) sin modificar el valor de las propiedades relevantes. El que todas las propiedades descriptivamente relevantes de un sistema deban poder ser identificadas *ex ante* no significa que todos los veredictos o razones concluyentes tengan que poder ser identificados *ex ante*. Si no se advierte esta diferencia se está confundiendo la noción de razón con relevancia uniforme e invariable con la noción de razón concluyente. A su vez, se está atribuyendo erróneamente al universalismo la tesis del noble sueño Dworkiniano. Un sistema de normas universales no es necesariamente coherente ni determina balances perfectos. Estas ideas son sí mismas altamente implausibles, pero, además, no son parte de lo que el universalismo sostiene. En tal sentido, el universalista no tiene por qué responder a un objetor que presupone, incorrectamente, que ellas están implícitas en su propuesta.

En segundo lugar, si el universalismo puede dar cuenta de las situaciones de conflicto, no hay solo dos modos de razonar sobre la base de normas. Es decir, no tene-

<sup>8</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 692. El cursivo es añadido.

<sup>9</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 691.

<sup>10</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 693. El cursivo es añadido.

mos por qué aceptar un dilema según el cual, o bien las normas determinan siempre un veredicto y excluyen todo tipo de discrecionalidad por parte del decisor, o bien ellas se consideran derrotables, especificables al momento de la aplicación sobre la base de consideraciones contextuales, extrasistemáticas, decididas mediante la discrecionalidad fuerte del decisor. En rigor, existe una tercera opción: quien decide goza de una discrecionalidad débil, limitada o circunscripta. Es verdad que las normas universales no siempre determinan un veredicto. Y, en efecto, en los casos de conflicto dicho veredicto está indeterminado y depende de una evaluación discrecional acerca de cuál criterio de preferencia adoptar. Sin embargo, en una visión universalista, la elección está circunscripta y el veredicto en cuestión debe siempre basarse en el conjunto de propiedades relevantes preestablecidas que no dependen de la discrecionalidad del decisor. En el último punto de este comentario ofreceré un ejemplo en el que se muestra que esto es posible.

Lo dicho no niega que, de hecho, los conflictos se puedan resolver en la forma fuertemente discrecional que sostiene Rodríguez. Nada puede impedirlo y ello no está en discusión. Los puntos que interesa destacar son dos: por una parte, no es correcto afirmar que en los casos de conflicto la decisión del veredicto supone necesariamente una decisión fuertemente discrecional en la que el decisor atribuye relevancia a propiedades hasta el momento irrelevantes. La decisión podría estar aun exclusivamente basada en el conjunto de propiedades descriptivamente relevantes del sistema. Por otra parte, para una posición universalista como la que asume Rodríguez, sostener que los conflictos genuinos se resuelven necesariamente mediante una decisión discrecional en sentido fuerte no es una tesis disponible. Concretamente supone conceder que las normas que componen el sistema jurídico no ofrecen razones universales puesto que, en el caso concreto, su relevancia puede ser dejada de lado en virtud de propiedades no predeterminadas por el sistema de referencia.

En síntesis, la tesis de la uniformidad e invariabilidad de la relevancia no implica contar con balances predeterminados y es incompatible con que la decisión final acerca de lo que se debe hacer sea diferente en casos individuales diferentes. El compromiso asumido por la posición universalista es que la relevancia de las razones está preestablecida por normas universales, no emerge del caso individual de aplicación ni es alterable en virtud de las características de cada caso individual. Todo ello, a pesar de que una razón universalmente relevante puede no determinar el veredicto, o hacerlo solo parcialmente. A esto se refieren diversos autores cuando sostienen que las razones, aun cuando sean superadas en casos de conflicto, conservan una fuerza residual, la cual justifica sentimientos de remordimiento o pesar, como así también medidas colaterales de compensación<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Por ejemplo, Williams 1973: 175; Kagan 1989: 17. Hurley 1989: 125-135.

## 2. ¿Normas universales derrotables al momento de su aplicación?

Si lo dicho es correcto, conforme a una concepción universalista de las normas jurídicas es imprescindible advertir una diferencia crucial entre la anulación de la relevancia de una razón y la superabilidad de su peso por parte de otras razones. Una norma universal no necesariamente expresa una razón de peso absoluto o insuperable, consecuentemente es totalmente compatible con la admisión de que, en caso de conflicto, ella no prevalezca frente a otras de mayor relevancia. Sin embargo, si una norma expresa una razón uniforme e invariablemente relevante ella no puede ser cancelada o anulada mediante la introducción de excepciones no predeterminables. La superabilidad de la relevancia de una razón presupone su relevancia, la introducción de excepciones no predeterminables, significa que la norma deviene inaplicable y conlleva la pérdida total de su relevancia práctica.

En otro contexto he sostenido que la distinción que acabo de mencionar entre anulación y superabilidad de la relevancia de las normas exige discriminar entre un problema de la derrotabilidad en sentido lógico y un problema de derrotabilidad en sentido sustancial<sup>12</sup>. El primer problema es de carácter formal y pone una pregunta acerca del tipo de condicionales que permiten expresar normas universales. Es decir, acerca del tipo de condicional apto para formular razones uniforme e invariablemente relevantes. El segundo problema pone una pregunta acerca del efectivo peso de estas razones que las normas expresan y su capacidad para determinar un veredicto. Es decir, si las normas universales son razones de peso insuperable o superable y, en esta última hipótesis, si ocasionalmente su relevancia es concluyente o no.

Rodríguez no considera acertado distinguir un problema de derrotabilidad/inderrotabilidad en sentido lógico o formal y otro sustantivo. Su rechazo se sostiene, por una parte, en que «[l]a introducción de condicionales derrotables para la representación formal de la estructura de ciertas normas ha estado, entre otras cosas, motivada precisamente por la intención de dar cuenta de la distinta fuerza en el razonamiento práctico que ellas pueden tener»<sup>13</sup>. Asimismo, conforme señala Rodríguez, la distinción mencionada no puede basarse –tal como yo había sugerido– en aquella existente entre aplicabilidad interna (que se vincularía con el problema lógico del carácter derrotable/inderrotable del condicional que expresa la norma) y aplicabilidad externa (que se vincularía con la cuestión sustantiva relativa al peso derrotable/inderrotable de la razón que la norma expresa). En efecto, la distinción entre aplicabilidad interna y externa es sumamente ambigua, motivo por el cual lleva razón Rodríguez en que no podemos apoyarnos en ella. Al menos, no podemos hacerlo sin introducir muchas aclaraciones previas. Ahora bien, la idea central es que una concepción universalista de las normas jurídicas –y el positivismo

<sup>12</sup> Redondo 2018: 101.

<sup>13</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 742.

jurídico que se compromete con dicha tesis—, necesita hacer la distinción entre la admisión de *excepciones no predeterminables*, lo cual supone el carácter abierto del antecedente de la norma, y la admisión de *conflictos*, lo cual supone solo el carácter abierto del veredicto final que resuelve un caso individual. Estos son dos tipos de problema que no pueden asimilarse sin caer en contradicción con la tesis del universalismo, que rechaza lo primero, pero admite lo segundo. El que la distinción entre aplicabilidad interna/externa no permita echar luz sobre la distinción entre el problema de la derrotabilidad de los condicionales que expresan normas y el de la superabilidad de la fuerza o relevancia práctica de tales normas no quiere decir que esta última distinción sea insustancial.

En discrepancia con la distinción entre un sentido lógico-formal y un sentido sustantivo de derrotabilidad, Rodríguez sostiene que el mismo problema de derrotabilidad puede presentarse en momentos diferentes: en el momento de la identificación o en el de la aplicación de las normas<sup>14</sup>. Asimismo, si bien en principio acepta la diferencia entre casos de excepción (en el momento de la identificación) y de conflicto (en el momento de la aplicación) sostiene que ambos problemas, en realidad, se expresan del mismo modo: apelando al recurso técnico de representar las normas como condicionales derrotables. En tal sentido, al criticar mi propuesta, Rodríguez sostiene que «el recurso técnico de acudir en la representación formal de las normas a condicionales derrotables puede ser un vehículo adecuado para dar cuenta precisamente del mayor o menor peso de una norma frente a otras»<sup>15</sup>.

Esta tesis es problemática. En primer lugar, es problemático representar del mismo modo dos problemas diferentes, sin sugerir que son el mismo. En segundo lugar, es especialmente problemático hacerlo en una visión universalista. Sostener que para dar cuenta del mayor o menor peso de una norma es adecuado expresarla mediante un condicional derrotable no es compatible con el universalismo y dicha incompatibilidad no se salva introduciendo la distinción entre «derrotabilidad en la identificación» y «derrotabilidad en la aplicación», puesto que también esta propuesta es altamente cuestionable. Salvo que la palabra «derrotabilidad» se esté usando ambiguamente y aluda a propiedades diferentes, independientemente de que se acepte o no una concepción universalista, es sorprendente sostener que las normas carecen de dicha propiedad al momento de su identificación y la adquieren al momento de su aplicación.

Es verdad que la palabra «derrotabilidad» se utiliza ambiguamente para hacer referencia a muchos problemas diversos. Sin embargo, en la distinción propuesta por Rodríguez la palabra «derrotabilidad» se usa siempre con el mismo significado. Si un condicional es derrotable significa que admite excepciones no predeterminables. Decir que las normas universales admiten este tipo de excepciones frustra la idea universalista,

---

<sup>14</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 745.

<sup>15</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 742.

y es indiferente que ellas se introduzcan al momento de la identificación o al momento de su aplicación. Sostener que las normas jurídicas, universales en su identificación, al momento de ser aplicadas funcionan como sugiere el particularismo es desconcertante. Conforme al universalismo, las normas se expresan mediante condicionales inderrotables y un condicional inderrotable no deja de ser tal al momento de su aplicación.

En síntesis, al admitir que los problemas de «derrotabilidad en la aplicación» (i.e. de peso o fuerza) se expresan mediante el «recurso técnico» de los condicionales derrotables, involuntariamente, se admite que las razones que dichas normas expresan no son uniforme e invariablemente relevantes, puesto que, en el momento de su aplicación, toleran la introducción de excepciones no predeterminables.

Rodríguez no pretende avalar ni una concepción escéptica ni una concepción particularista del razonamiento justificativo de los jueces. En su opinión, debemos admitir la existencia de conflictos, es decir, debemos descartar el noble sueño Dworkiniano, pero también rechazar la idea de que las decisiones de los órganos jurisdiccionales son siempre discrecionales. Después de un detallado debate sobre la derrotabilidad que no es posible reseñar en este comentario, Rodríguez admite que, si un sistema jurídico no contiene una regla de clausura de la relevancia, en el momento de la aplicación, a los jueces no estaría jurídicamente vedado decidir sobre la base de propiedades que no son descriptivamente relevantes en el sistema de referencia. Ahora bien, en su opinión, esta posibilidad «solo permite sostener que las calificaciones normativas que se siguen de las normas promulgadas son derrotables en su aplicación a casos particulares de conformidad con *consideraciones normativas extrasistemáticas* que los órganos jurisdiccionales podrán tomar en cuenta para justificar sus decisiones»<sup>16</sup>.

Dos breves comentarios son pertinentes al respecto. En primer lugar, si un sistema jurídico no contiene una regla de clausura de la relevancia, en efecto, no califica como jurídicamente prohibida la posibilidad de derrotar sus normas conforme a consideraciones normativas extrasistemáticas. Sin embargo, conviene subrayar que esto es contingente y no es lo que está en discusión en el debate acerca de qué tipo de razones ofrece el derecho. El universalismo no sostiene que los sistemas jurídicos impongan el deber de razonar en modo universalista. Es decir, que contengan una norma de clausura que prohíbe jurídicamente tomar decisiones sobre la base de propiedades no descriptivamente relevantes. Así como el particularismo tampoco sostiene que exista una permisión jurídica, fuerte o débil, al respecto. El universalismo y el particularismo, aplicados al ámbito jurídico, discrepan acerca del alcance y la fuente de la relevancia de las razones que justifican decisiones jurídicas, independientemente de qué normas el sistema jurídico contenga. En segundo lugar, Rodríguez no parece advertir que, desde una perspectiva universalista, el hecho de que las excepciones abiertas y no enumerables que las normas jurídicas admitirían al momento de su aplicación sean de carácter extrasistemático es irrelevante. El punto decisivo es que se

---

<sup>16</sup> Rodríguez 2021: 746.

admite que las normas jurídicas «son derrotables en su aplicación a casos particulares», es decir, pueden ser excepcionadas sobre la base de consideraciones no previsibles ni identificables conforme a los criterios que el sistema ofrece. En esta hipótesis, las normas jurídicas no ofrecen razones de relevancia uniforme e invariable ya que pueden perderla totalmente cuando se confrontan con razones extrasistemáticas.

### **3. ¿Los casos de conflicto requieren incorporar nuevos criterios de preferencia, así como atribuir relevancia normativa a circunstancias antes irrelevantes?**

En este último apartado me interesa aplicar cuanto ha sido dicho hasta aquí a casos de conflicto entre normas. Al respecto, es interesante el ejemplo propuesto por Rodríguez en el que la Corte argentina debe decidir entre proteger el derecho a la intimidad o el derecho a la libertad de información<sup>17</sup>. Concretamente, cabe notar cómo en el razonamiento de la Corte subyace una concepción universalista de las normas involucradas. En su visión, si bien es exigible evitar una interpretación de las disposiciones constitucionales que dé lugar a normas contradictorias, ella está llamada a resolver un genuino conflicto, justamente porque la constitución no establece criterios para preferir entre el principio que ampara el derecho a la intimidad y aquel que protege la libertad de información. Según la Corte, la resolución de un caso en el que ambas normas se aplican debería hacerse en modo tal que «deje a todas con valor y efecto [...]; las cláusulas de la Constitución no pueden interpretarse en contradicción unas con otras, ni jerarquizando unas sobre las otras»<sup>18</sup>.

De hecho, en sistemas como el ordenamiento argentino normalmente se acepta una directiva interpretativa sistemática según la cual no se debería conferir a las disposiciones jurídicas un significado que produzca contradicciones o de lugar a conflictos. Rodríguez reconoce la diferencia entre contradicción y conflicto, como así también la sensatez de la directiva interpretativa sistemática tendiente a evitar ambos problemas. En todo caso, como señala Rodríguez, si en el sistema jurídico hubiese criterios de preferencia incondicional, ellos establecerían una jerarquía completa y determinable con antelación al caso concreto, con lo cual, el conflicto se diluye. Por ejemplo, esta sería la situación si el derecho argentino estableciese – imaginemos – que el sistema republicano consagrado en la constitución exige que la libertad de información sea siempre preferida a la intimidad de un individuo. En esta hipótesis, la norma que protege la libertad de información tendría que ser configurada como estableciendo una excepción a la norma que protege la intimidad. O, en otros términos, debería admitirse que el principio que protege la intimidad contiene una

<sup>17</sup> CSJN, Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida S. A. s/daños y perjuicios, Sentencia de 11 de diciembre de 1984, Fallos, 306: 1892. Cfr. Rodríguez 2021: 406 ss.

<sup>18</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 407.

excepción o especificación: se protege la intimidad siempre y cuando no esté en juego la libertad de información. El conflicto entre estos dos derechos es meramente aparente porque el sistema establece un criterio de preferencia incondicional.

Ahora bien, por hipótesis, no existen criterios de preferencia incondicional entre normas constitucionales. Sin embargo, es posible que existan criterios de preferencia *condicional*. Este tipo de criterios no establece una jerarquía general entre los principios pero sí permite justificar una ordenación frente a cada caso individual, atendiendo a si se verifican o no las circunstancias relevantes a las cuales está condicionada la preferencia. Para ejemplificar este tipo de preferencia condicional, Rodríguez toma en consideración un caso, analizado por Moreso, en el que se resuelve un conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información<sup>19</sup>. Conforme a la reconstrucción de Moreso, tres son las condiciones relevantes que según el Tribunal Constitucional español deben verificarse en un caso individual para poder establecer una preferencia: a) que la información sea veraz, b) que tenga relevancia pública y c) que no sea injuriosa. Solo si se verifican estas circunstancias, la norma que protege la libertad de información se prefiere respecto de la que protege el honor, y determina el veredicto.

Según Rodríguez, en la medida en que se basa en propiedades genéricas (veracidad, relevancia pública y carácter no injurioso), la operación de ponderación o el establecimiento de preferencias condicionales es todavía compatible con el universalismo. Sin embargo, no deja de ser discrecional en un sentido fuerte. En sus palabras: «La operación no deja por esto de resultar discrecional, dado que implica incorporar al sistema de normas aplicables criterios de preferencia para resolver el conflicto que *no existían antes de las decisiones adoptadas, así como atribuir relevancia normativa a circunstancias antes irrelevantes*»<sup>20</sup>.

Supongamos que Rodríguez está en lo cierto y que, en el caso analizado por Moreso, las tres propiedades señaladas no son relevantes *conforme al derecho español*, sino que el Tribunal Constitucional decide atribuirles relevancia sin guiarse por lo que el sistema jurídico establece y ejercitando una discrecionalidad en sentido fuerte. Esto significa que la decisión no ha sido tomada sobre la base del conjunto de propiedades que, conforme a los criterios ofrecidos por el sistema, cabe identificar como uniforme e invariablemente relevantes. Así descrito, el fallo ejemplifica claramente, o bien una tesis particularista, o bien una escéptica. En tal sentido, Rodríguez nos debe una explicación de en qué sentido puede ser conciliado con un compromiso universalista. Debe recordarse que la generalidad semántica no es sinónimo de relevancia práctica universal. Y, de hecho, ni un escéptico ni un particularista están constreñidos a negar que en la justificación de decisiones individuales se invoquen propiedades generales.

No obstante, casos como el mencionado pueden todavía resolverse en modo

<sup>19</sup> Moreso 2002: 19-34. Cfr. Rodríguez 2021: 451.

<sup>20</sup> Rodríguez 2021: 452.

compatible con el universalismo. En primer lugar, en la hipótesis de que el sistema no cuenta con ningún criterio de preferencia entre las normas involucradas, la decisión discrecional acerca de cuál utilizar no implica que la preferencia tenga que establecerse atribuyendo relevancia a propiedades antes consideradas irrelevantes. Es decir, la preferencia todavía puede establecerse teniendo en cuenta solo propiedades descriptivamente relevantes. Supongamos que, conforme a un imaginario sistema jurídico, a los fines de la mayor o menor protección de la intimidad sea preciso distinguir entre actos privados y actos íntimos en sentido estricto, como así también sea requerido tener en cuenta si las personas cuya privacidad/intimidad está involucrada tienen o no una fuerte exposición pública, al momento de la interferencia. Ahora bien, supongamos una situación como la del caso Balbín presentado por Rodríguez, en la que son aplicables tanto la norma que protege la intimidad como la que consagra la libertad de información. La hipótesis es que el sistema en cuestión no ha incorporado aún ningún criterio de preferencia entre estas dos normas. Si una Corte debe decidir, deberá incorporar uno. Sin embargo, si se asume que el sistema jurídico delimita un conjunto de propiedades universalmente relevantes, la Corte puede establecer la preferencia sobre la base de propiedades antes mencionadas que son ya relevantes en el sistema. Supongamos: si la información afecta la intimidad en sentido estricto de una persona que al momento de la interferencia no ostentaba un rol público, prevalece el derecho a la intimidad. En otras palabras, es verdad que en esta hipótesis se introduce una prioridad o preferencia que hasta ese momento no existía, pero es también verdad que ella se puede establecer, y de hecho en el ejemplo se establece, sobre la base de propiedades descriptivamente relevantes. No es necesario atribuir relevancia a otras no previstas.

Cabe acotar que, cuando la práctica judicial ha ya aceptado un criterio de preferencia condicional como el que acabo de imaginar entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad, o como el que menciona Moreso respecto de la libertad de información y el derecho al honor, es dable inferir que, en lo sucesivo, los jueces tienen ya a disposición uno para resolver las situaciones de conflicto entre estos derechos. En realidad, no existiría ya un genuino conflicto puesto que, salvo que se asuma una posición extremadamente formalista, puede decirse que el sistema ha incorporado un criterio que ordena las normas afectadas sobre la base de la presencia o ausencia de las propiedades mencionadas.

Por último, es también posible el escenario en el que la práctica judicial haya incorporado diversos criterios de preferencia condicional. En esta hipótesis, en la medida en que distintos criterios conduzcan a veredictos contrastantes, el conflicto subsiste. Por ejemplo, supongamos que en el sistema de referencia haya dos criterios incorporados. Por una parte, se acepta C1: si está involucrada una persona con fuerte exposición pública debe, ante todo, protegerse la libertad de información. Pero, al mismo tiempo, se acepta C2: si está involucrado un menor, en primer lugar, debe salvaguardarse su intimidad. Consecuentemente, en el hipotético caso en

el que se discuta sobre la divulgación de una información que afecta la intimidad de un menor con fuerte exposición pública, los criterios existentes no determinan un veredicto único. Conforme a C1 debe darse prioridad a la libertad de información. Conforme a C2 debe darse prioridad a la intimidad del menor. No obstante, tampoco en esta hipótesis el decisor está constreñido a incorporar ni nuevas propiedades ni nuevos criterios de preferencia. En rigor, puede limitarse a elegir entre los dos que el sistema ya le ofrece. Puede elegir si aplica solo C1, solo C2 o, si fuese posible, ambos contemporáneamente. De hecho, podría tomar una medida que satisfaga al mismo tiempo la libertad de información y la intimidad del menor, o bien, imponer acciones diferentes, cada una de ellas destinada a resguardar cada uno de los derechos, y que reflejen la respectiva importancia o urgencia de los mismos. La elección es ciertamente discrecional, pero a la vez limitada: está circunscripta a elegir entre los únicos dos criterios C1 y C2 que el sistema ha incorporado. En otras palabras, el veredicto final puede apoyarse *solo* en propiedades y en criterios de preferencia preestablecidos, cuya relevancia no emerge del caso individual. A su vez, cabe notar que los criterios de preferencia no generan una especificación del antecedente de las normas. En rigor, si aceptásemos que los criterios de preferencia condicional generan excepciones (i.e. introducen nuevas condiciones de aplicación), deberíamos concluir que, en esta hipótesis, resultarían dos especificaciones incompatibles entre sí. Conforme a C1 la libertad de información constituye una excepción al derecho a la intimidad. Conforme a C2 el derecho a la intimidad constituye una excepción a la norma que protege la libertad de información. En otras palabras, si hay una pluralidad de criterios que conducen a veredictos incompatibles entre sí, y el conflicto permanece. En todo caso, la decisión que deberán tomar los jueces será discrecional solo en sentido débil puesto la elección estaría circunscripta a las opciones que el sistema ya prevé.

En síntesis, una posición universalista debe rechazar lo que propone Rodríguez. Los casos de genuino conflicto no implican necesariamente la incorporación de nuevos criterios de preferencia ni la atribución de relevancia a propiedades hasta ese momento irrelevantes. Desde la perspectiva de un modelo universalista, un sistema jurídico conecta un conjunto delimitado de propiedades uniforme e invariablemente relevantes a un conjunto también delimitado de consecuencias normativas. En la hipótesis de conflicto, es decir, cuando en virtud de las características del caso individual el sistema permite inferir distintos veredictos incompatibles, sin ofrecer un criterio de preferencia, o estableciendo distintos criterios que justifican nuevamente veredictos incompatibles, los órganos competentes para establecer dicho veredicto deberán necesariamente operar una decisión discrecional acerca de cuál criterio de preferencia aplicar; sin embargo, la decisión final no siempre exige incorporar un criterio nuevo, y en ningún caso tiene por qué apoyarse en propiedades que no sean ya descriptivamente relevantes en el sistema.

**Referencias bibliográficas**

- Alchourrón, C., Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*, New York-Wien, Springer-Verlag.
- Celano, B. (2002). *Defeasibility e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*, «Ragion pratica», 18, 223-239.
- Hurley, S.L. (1989). *Natural Reasons. Personality and Polity*, OUP, Oxford.
- Kagan, S. (1989). *The Limits of Morality*, Oxford, Clarendon Press.
- Moreso, J.J. (2002). *Conflitti tra principi costituzionali*, «Diritto & questioni pubbliche», 2, 19-34.
- Redondo, M.C. (2005). *Razones jurídicas. Respuesta a Caracciolo, Celano y Moreso*, «Discusiones», 5, 129-192.
- Redondo, M.C. (2018). *Positivismo jurídico «interno»*, Ljubljana, Revus.
- Rodríguez, J. (2021). *Teoría analítica del derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons.
- Williams, B. (1973). *Ethical Consistency*, in Id., *The Problems of the Self*, Cambridge, Cambridge University Press, 166-186.

